

Parecer n.º 01/2002 – Sérgio Nelson Mannheimer

BARCAS S.A. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA CONSTITUIR GARANTIA DE EMPRÉSTIMO RECAINDO SOBRE BENS REVERSÍVEIS, VINCULADOS À CONCESSÃO.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA DOS BENS REVERSÍVEIS E INCONVENIÊNCIA DE O ESTADO RENUNCIAR AOS SEUS DIREITOS, CONTRATUALMENTE ASSEGURADOS.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, MAS NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA QUE SE PERMITA A CONSTITUIÇÃO DA GARANTIA REAL SOB EXAME.

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral,

Cuida-se de processo tendo por objeto a contratação pela Concessionária Barcas S.A. de um empréstimo junto ao BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social no valor de aproximadamente 150 milhões de reais, destinado à construção de dez novas embarcações para servir à concessionária.

Segundo se dá notícia no processo – o que é corroborado pelo documento de fls. 98/99 – a instituição financeira exige que o empréstimo seja garantido, entre outros, pela oneração dos bens indicados a fls. 3/4, que são, em síntese, todos os bens imóveis e 23 embarcações de propriedade da Concessionária, todos vinculados à concessão.

De fato, eis a dicção da Cláusula 16, III, do Contrato de Concessão firmado entre o Estado e a Concessionária:

“Cláusula 16 – Além das obrigações decorrentes da lei e das normas regulamentares específicas, constituem encargos da CONCESSIONÁRIA inerentes à prestação dos serviços públicos outorgados por este Contrato:

(omissis)

III – Manter o registro e inventário dos bens vinculados à concessão e zelar pela sua integridade, segurando-os adequadamente, sendo-lhe vedado fazer cessão ou transferência desses bens a qualquer título ou dá-los em garantia, sem a prévia e expressa autorização do PODER CONCEDENTE.”

Diante das dificuldades atreladas à redação da cláusula acima, propôs a mutuante (fls. 12) que a garantia à operação de crédito fosse constituída “*pelos próprios bens financiados... e complementada com a utilização dos recebíveis.*”. A fls. 14/15 a Concessionária admite, adicionalmente, o aval de sua principal acionista, Auto Viação 1001 Ltda. e de seu sócio, Amaury de Andrade.

O processo foi encaminhado à ASEP–RJ, órgão regulador da concessão, diante da necessidade de que o Poder Concedente autorizasse a garantia pleiteada, eis que envolveria a constituição de hipoteca sobre os bens imóveis e embarcações listados a fls. 03/04, que são qualificados como bens reversíveis.

A fls. 25/27 a Assessoria Jurídica da Agência Reguladora apresenta diversas objeções ao atendimento do pleiteado. Em apreciação pelo Conselho Diretor foi o processo inicialmente baixado em diligência para complementação da documentação. Mais recentemente, analisado novamente o pleito, foi editada a Deliberação ASEP–RJ/CD N.º 180/2001, de 22.11.2001, onde a Agência recomenda que o empréstimo captado junto ao BNDES onere inicialmente bens de propriedade da concessionária não vinculados à concessão. Pede, ainda, que se esclareça se a cláusula 16, III, do contrato de concessão não fere o art. 17, I e II, da Lei 8.666/93, daí a solicitação de remessa deste feito à Procuradoria-Geral do Estado.

Cumprido, inicialmente, observar que a autorização solicitada pela Concessionária incumbe ao Poder Concedente, o Estado do Rio de Janeiro, devendo a manifestação da ASEP–RJ ser entendida como meramente opinativa, na qualidade de órgão regulador, o qual por sua posição está mais próximo do dia-a-dia da concessão e que, por isto mesmo, tem condições de fornecer subsídios à decisão do Poder Executivo do Estado, face ao pedido formulado.

De outro lado, impõe-se a análise não só da possibilidade de oneração dos bens à luz da Lei 8.666, invocada pela ASEP–RJ, mas também à luz da particular condição dos bens relacionados, que ostentam a qualificação de BENS REVERSÍVEIS, e que, portanto, se submetem a todo um regime especial, que está a exigir especial cuidado na apreciação do pleito formulado pela Concessionária.

Importa, assim, termos em mente que a Concessionária Barcas S.A. se tornou titular dos serviços de transporte marítimo de passageiros objeto do contrato que firmou. Os bens, porém, de sua propriedade vinculados à concessão – e que para tanto foram considerados essenciais à prestação dos serviços – são bens qualificados como REVERSÍVEIS, o que equivale a dizer que, uma vez extinta a concessão por qualquer motivo, inclusive por seu termo final normal, retornam eles à titularidade do Poder Concedente.

O instituto da reversão é um dos mais importantes da concessão e se destina a permitir ao poder concedente dar prosseguimento – diretamente ou através da assinatura de novo contrato de concessão – à prestação de um serviço que se apresenta como essencial, eis que centenas de milhares de pessoas se valem do mesmo diariamente como meio de transporte regular. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO explica com precisão a importância da reversão:

“A razão principal da reversão reside precisamente nisto, a saber: dado o caráter público do serviço, isto é, atividade havida como de extrema relevância para a comunidade, sua paralisação ou suspensão é inadmis-

sível, por ofensiva a valores erigidos socialmente como de superior importância. O Poder Público, como guarda e responsável pela defesa dos interesses públicos, não pode permitir que estes sejam sacrificados ou postergados em nome de objetivos ou interesses particulares, individuais. Por isso, é ausente na doutrina o princípio da continuidade do serviço público, o qual supõe a reversão como meio de dar seguimento à prestação da atividade, quando extinta a concessão do serviço.” (in Curso de Direito Administrativo, págs. 539-540, 11.ª edição, Ed. Malheiros)

Tão importante é o instituto da reversão, que a Lei de Concessões (Lei 8.987/95) em seu artigo 23, X, o erigiu em cláusula essencial do contrato, ciente de que, só com a reversão dos bens vinculados à prestação do serviço se poderia assegurar a continuidade de sua efetiva prestação ao final do contrato. Por isto mesmo, tais bens, embora tecnicamente de propriedade do concessionário, são definidos como sendo de *domínio resolúvel*, uma vez que, sendo afetos ao serviço público, integram apenas transitoriamente o patrimônio privado da empresa concessionária (cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Curso de Direito Administrativo, Forense, 12.ª ed., pág. 434).

JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR é ainda mais enfático, ao estabelecer que os bens ao longo da concessão continuam a pertencer ao Estado, *verbis*:

“...

A reversão dos bens do domínio público é indiscutível, operando-se de maneira automática. Pertenciam e continuam a pertencer ao Estado. Foram cedidos a título precário, condicionados ao funcionamento do serviço público. Extinto o prazo deste, reverterem aqueles bens ao único dono.” (Tratado de Direito Administrativo, pág. 165, Vol. III, 1.ª edição, Ed. Forense).

O que a Concessionária Barcas S.A. está a pleitear, portanto, pode resultar em graves conseqüências para a população do Estado do Rio de Janeiro na hipótese de inadimplemento junto ao BNDES do contrato de financiamento que está a negociar. Dadas em garantia todas as estações, terminais, estaleiros e pontos de atracação da empresa e ainda a totalidade das embarcações hoje existentes, havendo o não pagamento do mútuo, irá o credor executar o empréstimo e buscar o reembolso do valor emprestado com a execução de tais bens, que, então, não poderão mais voltar ao patrimônio do Estado.

Em outras palavras: a inadimplência da Barcas S.A. poderá resultar não só na insolvência da empresa e na sua incapacidade de continuar prestando o serviço, como poderá impossibilitar ao próprio Poder Concedente encampá-lo ou, por qualquer outro meio, garantir a CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL, com evidentes e graves repercussões para os respectivos usuários.

Ouso, assim, dizer que o Contrato de Concessão foi infeliz ao permitir, ainda que em tese, a oneração dos bens vinculados à concessão, pois assim abriu azo a exigências por parte do agente financiador que se apresentam, segundo entendo, excessivamente onerosas ao Estado e mesmo desnecessárias, quando se tem em conta a multiplicidade de garantias que podem ser exigidas e que não colocam em risco a prestação do serviço público, como é o caso daquela objeto desta consulta.

Melhor explicando: neste mesmo processo tem-se que existem diversas outras garantias que poderão e deverão ser exigidas pelo BNDES e que, sabiamente avaliadas, certamente serão capazes de fornecer ao mutuante a segurança necessária para que possa conceder o empréstimo, cujo objeto, sem dúvida, parece ser de interesse da Concessionária e, em última análise, do próprio Poder Concedente, eis que resultará na criação de empregos e em uma melhor prestação de serviços à população que utiliza os transportes aquaviários disponibilizados pela Barcas S.A.

Assim é que entre garantias pessoais e reais a serem exigidas, encontramos a fiança da Auto Viação 1001, principal acionista da Concessionária e de seu principal cotista, a hipoteca das embarcações novas (conforme expressamente autorizado pela recente Lei 10.206/2001, em seu artigo 22), o penhor sobre a receita da concessionária e ainda a caução da totalidade das ações da Concessionária, o que se constitui em garantia muito maior do que representa a hipoteca dos bens listados a fls. 03/04.

Fácil é, pois, com a devida vênia, verificarmos que estão à disposição do BNDES diversas outras modalidades de garantia que não aquela que, se executada, implicaria não só no fim da concessão, mas na impossibilidade de se manter a continuidade da prestação do serviço, com conseqüências gravíssimas para a comunidade.

Por isto mesmo, apresenta-se como altamente desaconselhável que o Estado autorize a oneração dos bens vinculados à concessão, do que poderia vir a resultar irreparáveis prejuízos para sua população.

Caso, todavia, se entenda que é de se autorizar a oneração dos bens reversíveis, a conclusão daí decorrente é que estará o Estado renunciando, ao menos em tese, à REVERSIBILIDADE de tais bens, abrindo mão, na hipótese de inadimplência da concessionária, de recebê-los em devolução ao término da concessão. Em tal ordem de considerações, equivaleria tal renúncia a uma forma de alienação do patrimônio público (bens ou direitos), fazendo incidir, como lucidamente apontou a ASEP-RJ, o artigo 17 da Lei 8.666/93, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 17 – A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I- quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

....”

No que se refere à aventada necessidade de licitação, entendo que não é a mesma aplicável à hipótese dos autos, uma vez que cuida-se de financiamento com taxa de juros especial, realizada sob condições favoráveis com recursos do Fundo da Marinha Mercante, o que torna inexigível o certame licitatório, ainda que em tese se entendesse o mesmo cabível, por envolver a alienação de bens vinculados à concessão.

Parece inafastável, todavia, a necessidade de **autorização legislativa**, uma vez que estaria o Estado – a se admitir a hipótese de que venha aceitar abrir mão da garantia de reversibilidade que hoje possui – transmitindo a titularidade de direitos e criando a possibilidade de alienação de bens imóveis e embarcações que em tese seriam reintegrados ao seu patrimônio ao final da concessão.

A conclusão que se impõe, portanto, face à consulta formulada, é que contraria o interesse público a autorização de constituição de garantia sobre os bens reversíveis vinculados à concessão, havendo decerto outras formas de fornecer a mutuária Barcas S.A. e seus acionistas ao BNDES garantias idôneas e suficientes para que este conceda o empréstimo solicitado. Na hipótese, todavia, de entender o Estado de autorizar o pleito manifestado, deverá antes obter a indispensável autorização legislativa, indeclinável em face da natureza da renúncia que estará fazendo.

É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 02 de janeiro de 2002.

Sérgio Nelson Mannheimer
Procurador do Estado

À d. PG-2:

Visto. De acordo com o Parecer n.º 01/2002 – SNM, de 02.01.2002.

Em 02 de janeiro de 2002

Josenete Veloso Monteiro
Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos

VISTO

Aprovo o Parecer n.º 01/2002 – SNM, de 02 de janeiro de 2002, do Procurador do Estado **Sérgio Nelson Mannheimer** (fls. 111/117), acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, Dr.ª **Josenete Veloso Monteiro** (fls. 118).

Ao Gabinete Civil, com vistas à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro.

Em 02 de janeiro de 2002.

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado

Processo n.º E-04/079.260/2001